Sobre estos mayorazgos hai otro papel tom. 17 – fol. 497 =

20



POR D. ANTONIA DEL ALCAZAR,

COMO INMEDIATA Y LEGITIMA SVCESSORA DE LOS MAYORAZGOS DE COLLERA, Y PVÑANA,

CON DOÑA ANDREA ORTIZ DEL ALCAZAR,

SOBRE

LA MANVTENCION DE DICHOS MAYORAZGOS.

FVNDARON el Mayorazgo de Collera (sobre que es la duda de ciertas palabras, que en el de Puñana no las ay) Francisco del Alcaçar, y D. Leonor de Prado su muger, en virtud de facultad Real, en Gaspar del Alcaçar su hijo legitimo, por las Clausulas siguientes.

Clavsvla Primera.

Y Que ayais los dichos bienes de Mayorazgo, y por el titulo del por todos los dias de vos el dicho Gaspar del Alcaçar, y despues de vos vuestros hijos, y hijas, y nietos, y bisnietos, y otros descendientes varones, y legitimos que despues de vos descendieren por linea derecha masculina, precediendo el varon a la hembra.

Clavsvla Segvnda.

QVe si de vos el dicho Gaspar del Alcaçar no huuiere, ni quedare hijo, que suceda en este dicho Mayorazgo la hija mayor que tuuieredes: y si esta tal falleciere sin dexar hijos varones, que passe este Mayorazgo a la otra hija segunda, precediendo la mayor a la menor; y assi vaya el dicho Mayorazgo por via masculina, y femenina que de vos quedare. Y quiero y es mi volũtad, que sucediendo el dicho Mayorazgo en vna hija vuestra mayor, que si esta tal tuuiere vn hijo, y hija, que aya el Mayorazgo el hijo varon antes q̃ la hija segunda de vos Gaspar del Alcaçar, y antes que la hermana del dicho hijo varon, aunque la dicha hermana sea mayor que no el; y despues del dicho hijo varon suceda en el Mayorazgo sus hijos varones; y no los auiendo, passe a las hijas de vos Gaspar del Alcaçar, precediendo el varon a la hembra, y el mayor al menor.

Clavsula Tercera.

Y Si de vos el dicho Gaspar del Alcaçar no huuieren, ni quedarẽ los dichos hijos, ni hijas, ni otros varones, ni otros descendientes varones por linea derecha masculina y femenina, segun la orden susodicha, quiero y es mi voluntad, que venga este Mayorazgo a Baltasar del Alcaçar nuestro hijo quarto, y a sus hijos, y nietos varones, y otros descendientes legitimos suyos por linea derecha masculina, precediendo el primero al segundo, el mayor al menor. Y assi desde en adelante de vnos en otros, conforme a lo que dicho es.

Clavsvla Qvarta.

ITen con condicion, que en ningun tiempo, ni por alguna manera no pueda suceder en este dicho Mayorazgo, en bienes, ni en parte de ellos ninguna hembra, ni descendiente della, si no fuere hija de vos el dicho Gaspar del Alcaçar, y no otras ningunas, no embargante que en lo de suso contenido està dispuesto que lo ayan otras hembras demas de la dicha vuestra hija. Y que siendo hembra no pueda suceder en ninguna manera, sino sola vna que es la hija de vos el dicho Gaspar del Alcaçar, o el hijo, o hijos varones de la dicha vuestra hija, y no las hijas della.

Hallase

Hallase repetido varias vezes en la fundacion: *Vuestro hijo legitimo, nacido, auido, y procreado de legitimo matrimonio. Suceda la hija mayor auida, y procreada de vuestro legitimo matrimonio.* Sucedio por muerte del Fundador, el dicho Gaspar del Alcaçar en dicho Mayorazgo de Collera, y despues D. Francisco su hijo, el qual dexãdo dos hijos, y tres hijas, Doña Mariana del Alcaçar, Doña Luisa del Alcaçar, y Doña Antonia del Alcaçar, y muertos los dos hijos varones, quedando viuas las hembras, pretendio la hija mayor D. Mariana, y despues de pleyto con Don Pedro del Alcaçar, hijo por linea recta masculina de Baltasar del Alcaçar, referido en la Clausula III. no obstante vencio la dicha Doña Mariana en el Cõsejo, y se le dio la tenuta; la qual gozò mientras viuio, y por su muerte sucedio Doña Luisa, hermana segunda, sin contradicion: la qual vino a suceder tambien en el de Puñana, que el dicho Francisco del Alcaçar, y su muger fundaron en otro hijo, pero en el mismo dia que el de Collera, y en la misma forma; en la qual fundacion no pusierõ la palabra, *De vna sola hija de Gaspar del Alcaçar,* (sobre que puede ser la duda) sino que las llamò a todas corrientemente.

Estando posseyendo Doña Luisa ambos Mayorazgos, disipò, y destruyò vna Dehesa, principal parte del Mayorazgo de Collera, y despues hizo renuncia, cession y traspasso delos dos Mayorazgos en Doña Andrea Ortiz del Alcaçar su hija (con quien es este pleyto) Y por las dichas causas de disipacion y renuncia, y no tener la dicha Doña Luisa hijo varon, ni estar en edad para los poder tener, le puso pleyto Doña Antonia del Alcaçar su hermana, como inmediata y legitima sucessora, pidiendo se deuia declarar por tal despues de la muerte de dicha Doña Luisa, contradiciendo la renuncia, qualesquier actos, y possession que en virtud de ella se hizieran, y apelando de la declaracion y sentencia del Iuez: todo lo qual consta del pleyto.

Estando en este estado, por muerte de Doña Luisa del Alcaçar, tomò possession y amparo juridicamente con lançamiento Doña Antonia del Alcaçar, como immediata y legitima sucessora de dichos Mayorazgos, por poder que dio a Miguel Fernandez Pereira, marido y conjunta persona de dicha Doña Antonia: a la qual possession, despues de amparada en ella Doña Antonia, se opuso Doña Andrea Ortiz, diziendo q̃ posseia antes por la renuncia y cession que su madre Doña Luisa del Alcaçar, en vida auia hecho en ella de los dos Mayorazgos, en virtud dela qual renuncia auia tomado possession de ellos antes que muriesse su madre D. Luisa.

Pero

Pero demas de estar contradicha esta renũcia y possession, y apelado en tiempo de sus autos; à principio fue nulo todo, por estar excluida literal y expressamente Doña Andrea Ortiz, por ser hija de hija. Y quando por esta parte no lo estuuiesse tan claramente, lo està por no ser nacida de legitimo matrimonio, como pide la fundacion, y consta de sus Clausulas y fundamentos, que breuemente apuntarê.

Para mayor claridad è inteligencia diuidirè este Informe en tres Puntos. En el primero se manifestarà, como està llamada Doña Antonia del Alcaçar, clara y expressamente a los dos Mayorazgos; como excluida en lo literal y serioso de la fundacion Doña Andrea Ortiz del Alcaçar.

En el segundo Punto probarè, que quando no fuesse excluida Doña Andrea Ortiz por hija de hembra, lo està expressamente, por no ser auida, nacida y procreada de legitimo matrimonio, por pedirlo assi la fundacion.

En el tercero, como es nula la possession que alega Doña Andrea, por muchos titulos que justifican la que tiene D. Antonia, judicial, en tiempo, y con derecho, por lo qual se debe manutener.

ANte todas cosas supongo, que es tan fauorecida y pia la causa de los que padecen necessidad, que le compete la defensa a qualquier calidad de persona y estado, sin exceptuar ni aun al retirado Monge, vt per Glos. verb. *Defensor*, in cap. de præsentiũ. 16.q. . Sayr. in claui Regia lib. 12. cap. 22. num. 5. Pacian. consil. 162. num. 194. lib. 1. Sanchez in præcepta Decalogi, tom. 2. lib. 6. cap. 13. num. 23. Barbos. in cap. Monachi, caus. 16. quæst. 1. & clarè probant verb. Psalm. 40. ibi: *Beatus vir, qui intelligit super egenum, & pauperem, in die mala liberabit eum Dominus*. Et Psalm. 81. *Iudicate egeno, & pupillo, humilem, & pauperem iustificate.*

Padece mucha necessidad Doña Antonia del Alcaçar, y mucho mas se justifica acompañandole Nobleza, y animo de hazer bien a la Religion, para que pueda el Religioso defender su causa: argumento cap. per venerabilem qui filij sint legitimi. Innocent. in cap. cum. 1. de sentent. & re iudicat. num. 3. vbi etiam Felin. nu. 11. Barbos. in cap. ex parte, de postulat. num. 2. & latè Peyrinis tom. 2. de Prælat. quæst. 3. cap. 5. num. 17. qui plures alios refert.

PVNTO I.

N. 1. FVe tan grande el cuydado que tuuieron los Fundadores de los Mayorazgos de Collera y Puñana, de querer llamar a su

sucel-

ſuceſsion a las hijas de Gaſpar, ſu primero hijo, no teniendo hijos varones; como deſeo de excluir toda hija de hembra, y q̃ no fueſſe agnada: y aunque el llamamiento tiene ſu principio en las hijas de Gaſpar, no por eſſo dexarà de continuarſe en ſus nietas, hijas de Franciſco del Alcaçar, hijo legitimo, auido y procreado de legitimo matrimonio de dicho Gaſpar del Alcaçar; que vna de las tres referidas es Doña Antonia. Pues ſiendo doctrina aſſentada, que *ſub nomine filij comprehenditur nepos*, no puede auer duda en Eſpaña en materia de Mayorazgos, baſte vnus pro multis. El ſeñor Molina lib. 1. cap. 6. num. 28. & præter ipſum plures, quos congerit Fuſar. de fideicommiſ. ſubſti. quæſt. 320. à num. 15. ad 18. & num. 28 Gutierrez conſ. 13. num. 10. ibi: *Et ordo datus inter primos nominatos, ſeruari debet inter reliquos ſubſtitutos.* Mantica lib. 8. tit. 18. num. 4. Cald. Pereira conſil 9. num. 44. & num. 55. pro hac refert Deci. dicens: *Vnde præclarè Deci. conſil. 270. num. 4. conſuluit ordinem ſuccedendi datum per teſtatorem in primo inſtituto, & ſucceſſione maioratus, ſeu fideicommiſsi, eundem in alijs quoque obſeruandum fore, etſi id non expreſſerit.* Sed optimè dñs Ioannes del Caſtillo lib. 4. quotidian. cap. 36. num. 60. & 61. ibi: *Idque potiori ratione procedit in caſu præſenti, ex natura perpetua maioratus, qui cum tractum habeat ſucceſsiuum, & omnes de familia in perpetuum, & nõ ſolùm primas perſonas nominatas reſpiciat ius in primis ſtatutum, atque conceſſum, in vlterioribus quoque ſtatutum, & conceſſum intelligitur, vt in fortioribus terminis reſoluunt Gama deciſ. 206. nu. 8. & 9. Menochius in conſil. 158. nu. a. lib. 2. Gregorius de Cabedo deciſ. 134.* (aliàs 143.) y otros que refiere.

2 Maximè ſe debe entender eſto, quando ſe trata de hijos no conocidos, como aduirtio Dñs Molina ſupra num. 29. De donde ſe infiere claramente, que debaxo del nombre de hija, ſe comprehende la nieta hija del hijo, vt in ſpecie tenet Innocent. in cap. ſi verò, el 1. in fin. de ſentent. excommuni. Bald. in Margarita, verb. *Mater.* Anton. Gabriel commun. opin. lib. 6. tit. de verbor. ſignificat. concluſ. 1. num. 13. pulchrè Socin. Iun. conſil. 2. nu. 36. & 37. lib. 3 & num. 38. Addit hoc procul dubio procedere, ſi el llamamiento de la hija confertur in futurum euentum: y para en caſo que falten hijos deſcendientes varones, que es el nueſtro, idem tenet Menochius conſil. 1154. num. 10. lib. 12. y todos los DD. que junta Fuſario, hablando aſsi en el hijo varon reſpecto del nieto, como de la nieta.

3 Pero en particular ſon excelentes lugares para prueba de eſta concluſion, y a propoſito de nueſtro intento el cõſejo 302. de Bal-

do incipiens: *Non continetur*, lib. 3. quod commendat Socinus Iunior consil. 146. lib. 2. y el de Iacobo Butricario inter consilia Baldi consil. 364. Paterfamilias lib. 3. ambos tratando la questiõ de que vamos hablando, si nomine filiorum comprehenduntur nepotes; distinguen dos casos. El vno, quando el llamamiento es determinado y definido, por ser hecho con designacion del nõbre proprio, o demonstracion arctatiua a persona cierta; y entonces sub nomine filij non comprehenditur nepos. El otro, quando per modum nominis appellatiui, & dispositionis indeterminatæ: y en este es indubitable que comprehenditur. Y añade Butricar. que quando el llamamiento es de hijo no nacido, siempre se entiende per modum nominis appellatiui; porque in non natum nõ cadit affectio, ni cerca del puede auer mas de la que se considera en su padre. Y siguiendo a Butricar. pondera con aduertencia Socin. Iun. dict. consil. 146. lib. 2. sub num. 7. donde habla del llamamiento de la hija que no era nacida, en que la aficion dize, que no puede considerarse respecto de ella, sino de su padre; y consequentemente que nomine filiæ, en este caso se comprehende la nieta. Doctrinas son estas bien ajustadas a nuestro caso, donde el llamamiento de la hija de Gaspar del Alcaçar, no està hecha debaxo de nombre proprio, ni demonstracion arctatiua y limitada a determinada persona, sino solo sub nomine appellatiuo de hija, que entonces no estaua in rerum natura. Conque no es dubitable que en el està comprehendida la nieta, hija de hijo, que es Doña Antonia del Alcaçar.

4 Y la razon sola conuence; porque siendo la disposicion de los Mayorazgos perpetua, vt ex institutione illorũ constat, & demonstrat D. Molina lib. 1. cap. 4. D. Ioan. del Castillo, vt supra, fuera cosa impossible, moralmente hablando, y de gran confusion el querer que los Fundadores, en cada vno de los llamados y substitutos diessen orden y forma de suceder. Luego auiendo llamado el Fũdador a todas las hijas de Gaspar del Alcaçar, precediendo la mayor a la menor, y la segunda quando la mayor muriere sin dexar hijos varones; de la misma suerte se debe entender que llamò a todas las hijas de los siguientes sucessores, si la que sucediere no dexare hijos varones, por cuya razon sucedio Doña Mariana, contra vn varon de otra linea que se le opuso; y luego Doña Luisa sin cõtradicion, hijas de dicho Don Francisco, y hermanas mayores de Doña Antonia. Actos positiuos, que para la cõfirmacion de nuestro caso, assi en la sucession, como para continuar la possession q̃ tiene Doña Antonia, son dignos de reparo.

Esto

5 Esto assentado, no admite duda que todas las hijas de Gaspar, en las quales estan comprehendidas sus nietas, estan llamadas expressamente, Clausula II. ibi: *Que si de vos el dicho Gaspar del Alcaçar no huuiere, ni quedare hijo, que suceda en este dicho Mayorazgo la hija mayor que tuuieredes: y si esta tal falleciere sin dexar hijos varones, que passe este Mayorazgo a otra hija segunda; precediendo la mayor a la menor.* Y aunque auiendo hijo varon de vna hermana, no ha de entrar la otra, sino el hijo varon, y despues sus hijos varones de este. *Y no los auiendo* (prosigue) *passe a las hijas de Gaspar del Alcaçar, precediendo el varõ a la hembra, y el mayor al menor.* Con lo qual està excluida la hija de hermana mayor desde esta Clausula, en competencia de la tia, no auiendo varõ: pero por ella no està excluida (si bien se repara) la hija de la vltima hija de Gaspar, no auiendo varon, ni tia, otra hija de Gaspar, que se le antepõga: potius està aqui llamada la hija de hija de Gaspar, no auiendo la competencia dicha, que es necessario ponderar para adelante: *Passe a las hijas de Gaspar del Alcaçar, precediendo el varon a la hẽbra, y el mayor al menor.* Conque estan llamadas aqui no solo las hijas del dicho Gaspar, pero las nietas, hijas de la vltima hija de Gaspar, a falta de varon, y tia. *Prælatione enim vnius ad alium inducitur formalis inclusio vtriusque, sicut per viam dispositionis.* l. cũ filius. 78. § pater cum filio. ff. de legatis. 2. ibi Bart. auth. cessante, C. de legit. hæred. Anton. Thesaur. decis. 96. n. 5. vers. *Cùm vtitur verbo prelationis, quod esse non potest sine expressa vocatione.* Rota in antiquioribus, tit. de successione Præbendæ, fol. 106. decis. 11. num. 12. Socin. Senior consil. 19. n. 20 ibi: *Ex eo quia in ipsis dictũ fuit, quod masculus fœminæ præferatur, videtur voluisse concedens vocare fœminas deficientibus masculis.* fol. mihi 36. vol. 1. Molina lib. 2. cap. 13. num. 1. lit. A. Luego si en los descendientes de Gaspar ha de preceder el varon a la hembra, vt expresè dicitur, està claro que la prelacion ha de ser entre los de vna linea. Pero este orden regular no quiere que se guarde, auiendo otra hija de Gaspar, como se ve; porque nunca quiso que en concurriendo hija de Gaspar, suceda la hija de su hermana, porque tambien queda dicho, que aunque aya hija de hija, a falta de varon ha de passar a la otra hija de Gaspar, si la ay.

6 Despues del llamamiento de Gaspar, se sigue el de Baltasar en la III. Clausula, y sus hijos y nietos varones, y otros descendientes por linea masculina, y añade: *Conforme a lo que dicho es.* Conque de este y de los demas es cierto quedauan llamados los descendientes por el orden del llamamiento de Gaspar, a quien se refie-

re el suyo: y sin embargo de que no està en sus lineas repetido el de las hembras, se debe entender assi por la fuerça del relatiuo, scilicet, *Conforme a lo que dicho es*, vt facilè erat planè cõprobare.

7 Auiendo en estas Clausulas llamado el Fundador otras hembras, de mas de las hijas de Gaspar, entra luego en la IV. Clausula, corrigiendo, y coarctandolo en quanto a las demas hembras, excepto las hijas de Gaspar, ibi: *Iten con condicion, que en ningun tiẽpo, ni por alguna manera no pueda suceder en este dicho Mayorazgo, en bienes, ni en parte de ellos ninguna hembra, ni descendiente della, si no fuere hija de vos el dicho Gaspar del Alcaçar, y no otras ningunas; no embargante que en lo de suso contenido està dispuesto, que lo ayan otras hembras demas de la dicha vuestra hija*. Con lo qual aun que siempre y en todo caso era preferida la hija de Gaspar, y su nieta, que es Doña Antonia, a la hija de su hermana Doña Luisa; pero en esta Clausula no solo la prefiere, mas ni que se admita otras hembras, ni descendientes de ellas, si no fuere hija de Gaspar. Y luego prosigue: *Y que siendo hembra, no pueda suceder en ninguna manera, sino solo vna, que es la hija de vos Gaspar del Alcaçar, o el hijo, o hijos Varones de la dicha vuestra hija, y no las hijas de ella*. No puede ya quedar razon de dudar en la rigurosa exclusion de Doña Andrea Ortiz, por ser hija de hija; pues de la repeticion en tantas exclusiones por vniuersales negatiuas, que son, *Ninguna hembra, ni descendientes de ella, en ninguna manera* (que corresponde a minimè) *y no las hijas de ella*. De cuya fuerça, y precisa exclusion latè tractant Barbos. dicti. 200. num. 4. Surdus de aliment. q. 35. num. 39. Menoch consil. 383. & de recup poss. remed. 14. num. 6. Fusar. de substitu. q. 678. à num. 20. Mieres de maiorat. part. 2. q. 6 à num. 483. & ego alibi por la explicacion de vnos Breues num. 21 & 22. Como ni en el llamamiento de las hijas de Gaspar, & consequenter la nieta puede ignorarse. Porque si en el llamamiento de la hija se comprehende la nieta, estando despues en la clausula correctoria exceptuada de la exclusion general de las hembras la misma hija; con la misma conformidad tambien se ha de entender en ella exceptuada la nieta; pues vna mesma voz no ha de tener menos extension y comprehension en vna clausula, que en otra.

8 Pero si veritas exagitata resplendet, vt pulchrè habetur in cap. graue 35. q. 9. & in l. munerum. §. mixta. ff. de muneri. & bono; & in l. diui fratres. ff. de iure Patro. no dexarèmos fundamento en q̃ pueda fundar su intencion D. Andrea Ortiz del Alcaçar. Nam opposita iuxta se posita (teste Philosopho) magis elucescunt. Sea el

pri-

mero, que Doña Andrea Ortiz es hija de la vltima posseedora, y que se halla con prelacion de linea; porque entrando el Mayorazgo en vna, no sale de ella, ni puede passar a otra hasta que se acabe aquella en que entrò: por lo qual auiendo sucedido legitimamente la dicha Doña Luysa, debe suceder despues de su muerte Doña Andrea, su hija mayor, por ser de su linea; y no Doña Antonia, que es transversal, y haze otra linea.

9 Respondo, que la regla referida procede, quando los llamamientos son regulares y ordinarios: pero siendo de calidad que se se sujetan y subordinan a la voluntad del testador, esta es la ley viua, por donde se ha de gouernar la sucession. l. cum ita. §. in fideicommisso. ff. de legatis. 2. ibi: *Nisi testator ad vlteriores voluntatem suam ostenderit.* l. 40. Tauri, ibi: *Saluo si otra cosa estuuiere dispuesta por el que primeramẽte constituyò, y ordenô el Mayorazgo: que en tal caso mandamos que se guarde la voluntad del que le instituyô.* Authẽt. de nupt. §. disponat. l. in cōdit. ff. de cōdition. & demonst. l. cum virum. C. de fideicommiss. Mieres part. 2. de maiorat. q. 6. n. 7. Gutierrez consil. 13. n. 14. D. Molin. lib. 1. cap. 2. n. vltim. & in specie lib. 3. cap. 10. num. 36. Farinac. decis. 627. n. 5. p. 2. Mantica lib. 8. tit. 18. num. 4. & num. 56. versic. *Huic tamen.*

10 Auiendo el Fundador dispuesto expressamente, que si la hija de Gaspar del Alcaçar (que huuiesse sucedido) muriesse sin dexar hijos varones, sucediesse la otra hermana; y en la IV. Clausula excluir hija de hija: lo qual pudo hazer, y disponer vt supra. Siguese, que no teniendo D. Luysa hijos varones, pertenece a D. Antonia la sucession, y no a D. Andrea. Porque el no salir el Mayorazgo de la linea enq̃ entrò, se entiende mientras en ella huuiere persona capaz para poder suceder, y no excluida como lo es dicha D. Andrea.

11 Sea el segundo, que en la Clausula IV. està exceptuada la hija de Gaspar, debaxo de demonstracion q̃ parece arctatiua, por auerse repetido varias vezes en esta Clausula la palabra *Hija*, cō la diccion *Vuestra, y de vos el dicho Gaspar*, y otras semejantes: luego excluye la comprehension de la nieta.

12 Respondo, que la palabra *Su hijo*, no quita la comprehension del nieto, como lo sentenciò la Roca, & cũ ea tenet Puteus decis. 263. in causa Romana num. 2. & 3. lib. 2. Y es texto formal en Mayorazgo la ley 11. tit. 7. lib. 5. Recopil. ibi: *Finquen a su hijo mayor.* Donde la palabra *Su*, no impide la comprehension del nieto en el hijo. Y de Derecho Comun tambien es texto preciso la l. Lucius la 2. ff. de hæred. instit. donde aunque se formô la substitucion cō las palabras, *Filium, filiamve ex se natum, natamve*, que son mu-

cho mas arctatiuas, cōprehenden nietos, vt latè Peregrin. de fidei-commiss. artic. 28. num. 34. Y en la verdad, si esta limitacion tuuiera fundamento, destruyera toda la regla; pues nunca se llama en los Mayorazgos hijo, ni hija, sin añadir suyos, o vuestros: imò, que sin estas dicciones nunca se habla, ni se puede hablar en materia de sucessiones, y no obstante no ay cosa mas recebida que el comprehenderlos nietos. Lo que ay en particular en nuestro caso, es llano, que se puso para limitar el llamamiento de la hija a la linea de Gaspar, y sus agnadas; a diferencia de los otros llamados, como queda dicho, y consta del tenor de la Clausula IV. referida.

13 Sea el tercero argumento, que dado, que estè comprehendida la nieta en el llamamiento de la hija de Gaspar, esto se debe entender de vna sola; pues aunque es assi, que en la II. Clausula tenia llamadas todas las hijas de Gaspar: en la IV. restringe, y coarta esto a vna sola, como consta, ibi: *Ninguna hembra, ni descendiẽte de ella, excepto sino fuere hija de vos el dicho Gaspar del Alcaçar, y no otras ningunas.* Y luego: *Y que siendo hembra no pueda suceder en ninguna manera, sino solo vna, que es la hija de vos el dicho Gaspar del Alcaçar.* Luego dado que estè llamada la nieta en el llamamiento de la hija de Gaspar, auiendo de ser sola y vnica la que ha de entrar en el Mayorazgo, hija, o nieta de Gaspar, auiendo entrado en èl Doña Mariana, y Doña Luisa, no à lugar Doña Antonia; pues ya està cumplido el llamamiento en vna sola, que llamò el Fundador.

14 Y se puede confirmar esta razon, q̃ quiso el Fundador excluir a las otras hijas de Gaspar, dexando vna sola llamada, por la exclusion general: *Ninguna hembra, ni descendiete della, y no otras ningunas.* Y lo que mas parece haze para esta prueba, son las palabras que se siguen: *No embargante, que en lo de suso contenido està dispuesto, que lo ayan otras hembras de mas de la dicha vuestra hija.* Luego se infiere claramente, assi por la exclusion general de todas las hembras, en que solo exceptuò vna sola, que es la hija de Gaspar; como en no auer llamado a otras hembras mas que las hijas de Gaspar referir, no embargante, que en lo de suso contenido està dispuesto, que lo ayan otras hembras de mas de la dicha vuestra hija. En lo qual no dexa razō de dudar, el Fundador quiso reuocar lo que antes auia dispuesto en fauor de todas las hijas de Gaspar del Alcaçar, y que solo fuesse vna la que huuiesse de gozar el Mayorazgo.

15 En este argumento aparente, como sophistico fian mucho los

Abo-

Abogados de la parte contraria; pero ignoro por donde le pueda fauorecer a Doña Andrea. Porque quando pusiera en duda (que niego) la justicia de Doña Antonia, no la puede auer, de que està excluida Doña Andrea Ortiz, clara y literalmente repetido tantas vezes, assi en lo general, como en lo especial, por la calidad de hija de hembra, *ni descendiente della, y no las hijas de ella.* Pero para que se reconozca la poca fuerça del argumento, harè aqui demonstracion, de que no solo no excluye a las otras hijas, o nietas de Gaspar, sino que positiuamente las llama a todas en esta IV. Clausula, como en la II.

16 Lo primero se prueba por auer gozado, y posseido ambos Mayorazgos Doña Luisa del Alcaçar, sin contradicion alguna, despues de su hermana mayor, que obtuuo por el Consejo.

17 Lo segundo, porque en la exclusion general no se pueden cóprehender las hijas de Gaspar: porque estas siempre las nombrò por su nombre: y no viene bien, siendo eiusdem qualitatis el correlatiuo, el qual se debe referir con vnas mismas qualidades en los extremos, para entenderse comprehendido: que exceptuando la hija de Gaspar con esta singularidad, querer estè comprehédida en la exclusió por el nóbre general de hembra, sin dezir hija de Gaspar, no viene bié; pues si quisiera excluir, y reuocar el llamamiéto, las nombràra con el mismo nombre de hijas de Gaspar: lo qual no parece en ninguna exclusió q̄ haze de hembras, *Ninguna hembra, ni descendiente de ella, y no otras ningunas: no embargante, que en lo de suso contenido està dispuesto, que lo ayan otras hembras, y que siendo hembra no pueda suceder en ninguna manera.* Luego por el nombre que siempre llamò a las hijas de Gaspar, en ninguna exclusion de hembras estàn estas excluidas; pues le fuera facil el dezir, *Y no otra hija vuestra,* si quisiera excluir las otras hijas de Gaspar.

18 Lo tercero, porque el dezir; *Excepto sino fuere hija de vos el dicho Gaspar del Alcaçar;* la palabra *Hija,* es indefinita, y equipolente a oracion vniuersal, l. si plurib. ff. de legat. 2. & l. si plures. ff. de legat. 3. Et optimè tradit D. del Castil. lib. 4. c. 9. nu. 52. Couar. var. c. 13. n. 1. vers. *Indefinita verò.* Y assi la palabra; *Excepto sino fuere hija de vos,* importa lo mismo q̄ si dixera; *Excepto si no fueren hijas de vos Gaspar del Alcaçar,* por la equiualencia de la palabra indefinita, *Hija, hijo, o Varon, otra semejante.* Y mucho mas procede esto en nuestro caso en materia de fideicómissos y mayorazgos; vt Castill. d. n. 53. Alexand. Curtiũ Iun. Tiraquel. & alios quos refert, & sequitur Mantic. de cóiect. vltim. volũt. lib. 6. tit. 4. n. 12.

nu.12.Surd.conſ.336.n.17.lib.3.& de aliment.tit.8. priuileg.27. n.2.Phœbo,deciſ.1.n.15.Pichard.in §.quædam.20.de act. ad l. priuileg.num.10.Ganım.deciſ.355.num.7.Luego por eſtas palabras: *Excepto ſi no fuere hija de vos Gaſpar del Alcaçar*, no eſtà reſtringido el llamamiento, ni coartado a vna hija.

19 Ni menos por las que ſe ſiguen; *Y que ſiendo hembra no pueda ſuceder ſino vna ſola, que es la hija de vos.* Porque el caſo dudoſo fuera ſi huuiera dicho: *Vna ſola hija de vos*, ſino que dixo: *Vna ſola que es la hija.* Y eſto con mediana noticia de la logica ſe alcançarà; y aun es tan notorio, que con la natural ſe toca la diferencia de vna y otra oracion: porque diſtintiſsima locucion es el dezir: *Vn ſolo Eſpañol ganò el nueuo Mundo de Indias.* Que dezir: *Vno ſolo que es el Eſpañol.* Porque en la primera eſtà reſtringido a vn ſingular, y en la ſegunda a toda la nacion, v.g. *Vn ſolo hombre rie*, es diſtintiſsima de, *Vno ſolo que es el hombre rie.* Pues en eſta ſegunda eſtà ſignificado todo hombre, y ſu eſpecie, que es riſible: y en la primera no dize mas, *ſino que vn ſingular hombre rie.* De las quales oraciones, y locuciones vſamos cada dia para ſignificar toda la eſpecie de hombre, la nacion en el ſentido dicho, en el qual no ſe le quita la fuerça a la palabra, *Indefinita*, aunque anteceda *Vno ſolo*, como ſe explique, *que es el hombre*: el Eſpañol, vueſtro hijo, vueſtra hija; porque eſto no es reſtringir, ſino ſolo reſoluer la locucion de plural en ſingular, por ahorrar de vozes, demas de eſtar ya en vſo. Luego auiendo pueſto el Fundador con tanta aduertencia, *Vna ſola que es hija de vos*, no fue para reſtringir, ni querer ſignificar vna en ſingular, ſino para comprehender todas las que tuuieſſen las miſmas qualidades de hijas de Gaſpar; y aſsi no reſtringiò la palabra *Indefinida*, de que antes auia vſado; debaxo de la qual omnes filiæ comprehendebantur: porque la taxatiua, *vna y ſola*, no eſtâ pueſta para reſtringir la hija, ſino fuerça de la demonſtracion de querer no lo fueſſen otras hembras, ſino ſolo las hijas de Gaſpar. Paul. Pariſ. conſ. 52.num.28.vol.2.

20 Y lo dicho tiene gran fundamento en el Derecho; pues no es nueuo en èl ſignificar el numero ſingular el plurar, y reſolueſe en el, y comprehenderlo, text. in l in vſu iuris.158.ff.de verbor. ſignificat.ibi: *In vſu iuris frequenter vti nos Caſſelius ait ſingulari appellatione, cum plura generis eiuſdem ſignificare volumus*. Y aquellas palabras; *Eiuſdem generis*, ſon de nueſtro caſo: porque las hijas de Gaſpar del Alcaçar todas ſon del meſmo genero, calidad y condicion, y aſsi ſe pueden ceñir a vna voz y termi-

no

no singular. Farinac.decis.29.num.3.p.2.ibi: *Regulam non procedere, quando identitas rationis suadet, vt etiam persona loquẽtis contineatur.* Salicet.in dict.l.inquisitio. Cagnol.in l.frater à fratre, num.114.ff.de conditionib.indebit. Gabriel de verb. signifi. consil.9.num.7.Menoch.de præsumptionib.lib.3.presump.44.num.28.& seqq.& lib.4.præsumpt.125.n.23. Lara de vita hominis cap.2 num.31. Gonçal.in regul.8.glos.21. num.12. Y en materia de Mayorazgos, in terminis Molin.lib.1.cap.5.num.21 & 22. ibi: *Plerumq; namque verbum singularis numeri, plura etiã ex mente disponentis comprehendit. l.cum inter.C.de fideicommiss. libertatib. vbi pulchrè dixit Bald. id accidere non ex vi verbi, sed ex mente loquentis, idque verissimum est, si verbum hoc, Primogenitus, indefinitè pronuncietur, nec ad certum filium referatur, perpetuitatemque, ac tractum successiuum dispositio ipsa præseferat.*

21 Et Surdus consil.494.num.6.in fin.& num.7.ibi: *Sic tollitur quòd ex vocatione primogeniti, in singulari numero deducunt Menoch.& Decian. Nam in terminis primogenituræ contrarium voluit Palat.in rubr.de donat.§.69.num.2. Molin.lib.1.cap.5.num.21. Quia cùm indefinitè pronunciatur, nulla facta relatione ad certam personam, denotat perpetuitatem, & successionem temporis, & personarum.* Riminald.dict.consil.544.num.122.& D.del Castillo lib.4.cap.13.num.22.ibi: *Quando subiecta materia id suadet, vel dispositio, ita aptè verificatur in vna, sicut in pluribus.*

22 Lo quarto, porque esta excepcion no excluye a las otras hijas de Gaspar, que son semejantes a la llamada, y en las quales se da la misma razon que en ella. Optimè Ramon consil.110.n.22 & cons.3.num.109. Mieres p.1.q.22. num.8.& 13. vsque ad 17. Et testator qui eiusmodi casum excepit, & designauit, non potest non videri de cæteris aliud sensisse. l.quæsitum.§.denique.ff.de fundo instruct. Authent.de non alienand. & permutand. rebus Eccles.§.vt autem, vbi Glos. & Bart. collatione.9. Iasso in l.properand.num.10. & 11.C.de iudicijs. Decius in l.1.num.17. ff.de regul. iuris. Bursa.cons.471.num.79.vol.4. Petr.Surd.cõs. 270.num.17. & 18. vol.2.

23 Y es lugar literal el de Angelo in l. tale pactum. §. fin. ff. de pact. que por este texto dize, que ex præsumpta voluntate dispo nentis fit extensio de persona ad personam, quando dispositio confertur ratione alicuius qualitatis, quę in alia persona inuenitur, & notantur Aretin.in l.Gallus.§.& quid si tantũ, sub nu.18. versic. *Secundò fallit*, que aunque siente, quòd regulariter nõ fit extensio de persona ad personam: añade, que hoc non procedit

quando qualitas, quæ fuit considerata à disponente in persona nominata, reperitur in alia, quantumuis de ea non fuerit in indiuiduo cogitatum: & vtrumque sequitur Hippolyt. Riminald. consil. 21. num. 61. lib. 2. & tenet Paulus Paris. consil. 52. à num. 24. vol. 2. Cephal. consil. 377. num. 30. vol. 3. Curtius Sen. consil. 19 in Regn. 2. dubitatione.

24 Y particularmente en materia fauorable, no tiene duda. Barbosa de dictionib. diction. *Taxatiua*, ex Alexandr. Rauden. & Bulpelio, dize, que la dicciõ *Taxatiua*, no excluye las demas personas, in quibus eadem æquitas reperitur. Lo mismo funda dñs del Castillo lib. 5. cap. 63. num. 43. pero mejor que todos lo resoluio ex professo el señor Molin. lib. 1. cap. 4. n. 25. vbi plures DD. & fundamenta congerit. Y en el vers. *Similiter*, llama a la opiniõ contraria, opinion de vulgo, y añade: *Nec enim potest congrua diuersitatis ratio assignari, ex qua deducatur substitutio, quæ ex mẽte testantis de casu ad casum extenditur, de persona tamen ad personam non extendatur.* Y Aretino, que es el principal autor de la contraria, vt ipse Molina testatur, habla quando, segun la disposicion, no ay qualidad por la qual sea comprehendida: y asi en el lugar citado supra, añade: *Extensio de persona ad personam procedit, quando persona ad quam fit, poßit comprehendi aliquomodo sub verbis, & mente disponentis propter aliquam qualitatem sibi inhærentem, quamuis de tali persona non fuerit cogitatum indiuidualiter.* Luego en caso donde es exceptuada la hija de Gaspar, sin ser excluidas por este nombre de hijas de Gaspar, las demas hermanas, teniendo las mismas qualidades, y siendo agnadas todas, se han de entender exceptuadas.

25 A la confirmacion respondo, Que en la exclusion general de hẽbras, sin nombrar hijas de Gaspar, no se puede entender excluidas las hijas del dicho: porque supuesto que debaxo de la palabra indefinita: *Hija de vos Gaspar del Alcaçar*, se comprehendian todas; y tambien estas estauan llamadas antes por este nõbre, quando despues dixo: *Y no otras ningunas hembras.* Si quisiera excluir alguna que fuesse hija de Gaspar, huuiera de añadir a las dichas palabras; *Y no otras ningunas*, aunq̃ sean hijas de vos Gaspar del Alcaçar: y asi tambien quando dixo: *No embargante que en lo de suso contenido, està dispuesto que lo ayan otras hembras, demas de la dicha vuestra hija*: huuiera tambien de añadir a las palabras, *Otras hembras*, otras hijas vuestras.

26 Confirmase esta inteligencia, considerando que la clausula de que vamos hablando, es correctoria dela disposicion del mismo

mo Fundador en los primeros llamamientos; y assi no solo no se debe estender, pero se ha de restringir de manera, que la correccion obre quanto menos fuere possible: y auiendo sido el llamamiẽto de las hembras de la linea de Gaspar, general de agnadas, y sin exclusion de cognadas (antes tambien llamadas, como està manifiesto en la II. Clausula) la correccion que nominatim excluyò la hija de hija, y no alterò, ni dispuso nada en la hija de hijo, solo se ha de limitar a las hembras cognadas que en ella se representan, por estar estas expresè, literal y nominatim excluidas en dicha Clausula correctoria. Non enim extenditur voluntatis mutatio vltra terminum sibi prefinitum. l. alumnę. 30. §. qui filias. ff. de adimend. legat. in fin. ibi: *Respondi non à tota voluntate recessum videri, sed ab his tantùm rebus, quas reformasset.* & illic Bart. in summar. l. 7. ff. de fundo instruct. Tiber. Decian. cós. 117 num. 33. vsque ad 36. volum. 3. Aimon Crauet. cons. 19. num. 8. vol. 1. Menoch. cons. 1153. num. 53. & 54. fol. 101. lib. 12. Stephan. Gratian. tom. 2. cap. 247. num. 5. pulchrè Hippolyt. Riminald. cons. 102. num. 46. cum seqq. lib. 1. vbi consuluit per generalem, & vniuersalem dispositionem non induci præcedentis legati correctionem, si posterior clausula, y dispositio nõ adempto legato aliquid operari queat. Que es lugar decisiuo para nuestro caso, pues en èl obra bastantissimamente la Clausula vltima, sin llegar a reuocar el llamamiento anterior de las hembras immediatas de varon agnado.

27 A lo que se dize en la confirmacion, Que las hembras llamadas, solo son las hijas de Gaspar, y no otra alguna, y que estas son las excluidas, excepto vna, por dezir el Fundador: *No embargante que en lo de suso contenido, està dispuesto que lo ayan otras hembras, demas de la dicha vuestra hija.* Se responde facilmente, que aqui excluyò el Fundador a las cognadas, y hijas de hembra, que estauan llamadas por la prelacion de que vsa, como dixe en la II. Clausula; y tambien a las hijas de Baltasar, que estauã llamadas por la fuerça de la palabra, *Conforme a lo q̃ dicho es*, en la III. Clausula. Y se confirma, q̃ no se pueden entender excluidas las hijas de Gaspar, sin q̃ dixera assi: *No embargante que en lo de suso contenido, està dispuesto que lo ayã otras hijas vuestras.* Y no palabra general de hembras, nõbrandolas siempre con nõbre de hijas de Gaspar.

28 Ni obsta el instar scrupulizando en aquellas palabras: *Sino solo vna, que es la hija de vos el dicho Gaspar del Alcaçar*, Con que parece fue visto excluir a las otras. Porque no quedarà ningun scrupulo, si se repara que lo claro de esta IIII. Clausula, es la re-

uoca-

uocacion del llamamiento de todas las demas hembras, excepto la hija de Gaspar, por indefinita, q̃ (como se ha dicho) es lo mismo que excepto las hijas de Gaspar. Hasta aqui no puede auer duda, que en esta Clausula està excluida Doña Andrea, y llamada positiuè Doña Antonia.

29 Rursùs, que el dezir luego, *Vna sola, que es la hija de vos*, no restringe la palabra indefinita; sino solo es demonstracion de querer coartar las otras hembras, como està explicado; pero bastaua para ser totaliter en nuestro fauor, aun quando quedasse el scrupulo y duda: porque auiendo llamado clara y expressamente repetidas vezes a las hijas de Gaspar, no las debemos juzgar excluidas in continenti en esta misma Clausula. l. 3. §. si duobus. ff. de adimend. legat. Bald. in l. si pluribus. num. 1. ff. de legat. 1. Menoch. lib. 4. præsumpt. 167. à num. 1. Mantica de coniect. lib. 12. tit. 1. num. 1. Si no es por reuocacion clara, y expressa tambien: que demas de los DD. supra referidos, cum l. alumnę. 30. §. qui filias. ff. de adimend. legat. latè Roland. cons. 31. à num. 23. lib. 4. Mantica dict. num. 10. Y solo lo estan clara y expressamente las otras hembras, y toda hija de hembra.

30 Deinde que bastaua exceptuar vna, para que todas quedassen exceptuadas: optimè Iosephus Roman. vbi supra, & cons. 10. n. 22. por hallarse en todas la misma razon. D. Couarr. variar. cap. 5. num. 6. Pues como en materia de fideicommissos, de vn caso se estiende a otro, quando in vtroque eadem militat ratio: assi tambien se estiende de vna persona a otra, vt D. Molin. vbi supr. & multum ad rem lib. 3. cap. 5. num. 22. cum seqq. & D. del Castillo vbi sup. & lib. 4. cap. 15. à n. 80. Lo qual procede aunq̃ el llamamiento y substitucion se haga por palabras restrictiuas y limitadas, vt cum multis probat Surd. cons. 236. n. 46. & cons. 343. à n. 35. Roman. cons. 15. n. 83. & 84. Y en fundacion y sucessiõ de Mayorazgos, es esta doctrina llana, y sin controuersia. D. Molin. lib. 1. c. 4. n. 21. 24. & 25. Menoch. consil. 1111. n. 3. Surd. cons. 241.

31 Declarese esta resolucion, por el fin y motiuo que tuuo el Fundador, para llamar a las hijas immediatas de varon agnado, fundandose en q̃ estas, verdadera y naturalmẽte son agnadas. l. pronuntiatio, ad finem. ff. de verbor. significat. l. 12. tabularum. C. de legitimis hæredib. l. 2. ff. eodem. §. cęterùm. Institut. de legit. agnat. success. Porque las hembras q̃ descienden por linea masculina, son agnadas, vt Pichard. in l. 12. tabular. d. n. 9. Marta de succes. legal. p. 3. q. 2. arti. 1. n. 1. & probat optimè Cujac. in simile casu consultat. 15. post med. & in terminis Farinac. decis. 453. p. 2

Menoch.

Menoch. consil. 172. en tanto que por las hembras agnadas, dũ viuunt, agnatio conseruatur. Alexand. consil. 5. n. 9. lib. 6. Paris. consil. 23. num. 45. lib. 1. Cephal. consil. 53. n. 81. Y siendo assi que la ley magis fauet agnationi, quàm cognationi saluit in. l. fratres. n. 4. C. inoffic. testam. Lara de Capellan. cap. 2. num. 33 Marta vbi supra artic. 5. Ay razon juridica, en que se puede fundar, el llamar a las hijas immediatas de varon, y excluir a las hijas de hembra: sed sic est, que en caso negado que huuiesse llamado a vna hija de Gaspar, concurria la misma razon, y motiuo que huuo para llamar vna en todas: como por la misma razon, excluida la hija de hembra y cognada, todas se entiendẽ excluidas, vt probatum manet. Luego auiendo llamado a vna, omnes pro expressis habentur. l. milites agrum, in princip. ff. re milit. glos. in l. quamuis, C. de fideicommiss. Molin. lib. 1. cap. 5. num. 9. Et in specie extensionis Fontanel. de pactis clausu. 4. glos. 26. num. 28. Giurba ad statuta cap. 1. glos. 7. n. 29. Mantic. lib. 8. tit. 18. num. 4.

32 Y aunque se dificulta, si estas se juzgaràn llamadas en los Mayorazgos de agnacion, porque sunt finis agnationis? Nuestro Fundador, siguiendo la opinion mas cierta y mas practicada, las llamò expressamente, hallandolas verè, naturaliter, & propriè agnadas. Ni obsta D. Molin. qui lib. 3. cap. 5. num. 65. tenet quòd licèt fœmina per virilem sexum descens sit agnata, in maioratu agnationis succedere non posse: por no se poder conseruar por ella la agnacion, doctissimus Molin. Sed contra hoc datur manifesta ratio, porque tambien en el Clerigo, y en el viejo, qui generare non potest, no se puede por estos conseruar la agnacion: & tamen nemo vnquam negauit, que sucedan en el Mayorazgo de agnacion, quia verè sunt agnati igitur etiam fœmina succedet, quia verè est agnata. Pero quidquid sit de hoc, basta que confiesse Molin. que es agnada la hembra, que descienda por linea masculina.

PVNTO II.

33 Y Caso negado, que no fuesse D. Andrea Ortiz, tan expressamẽte excluida por ser hija de hẽbra, lo debe estar por no ser auida, nacida, ni procreada de legitimo matrimonio, como la fundaciõ lo pide, ibi: *Auida, nacida, y procreada de legitimo matrimonio.* Que no lo es, como pide la fũdaciõ (aũq sea legitimada per subsequens matrimoniũ) consta de la fe del Bautismo, q̃

està presentada de 11. de Setiembre de 1614. años, en que dà fe el Cura de la Parrochia de San Juan de la Palma desta Ciudad de Seuilla, por vn capitulo del libro donde se assientan los que se bautizan en dicha Parrochia, en que dize es hija de Dios, y de santa Maria, la dicha Doña Andrea: y a la margen del capitulo se puso mucho despues, como parece, declaracion en virtud de mandamiento de Iuez Eclesiastico, que la dicha Doña Andrea (en dicho capitulo contenida) es hija del Licenciado Pedro Christoual Ortiz, y de D. Luisa del Alcaçar. Y no dize la fecha del mandamiento, ni en que dia se despachò; sino que quedaua en poder del Cura de dicha Parrochia, que era el Licenciado Pedro Gonçalez de Luna, que entrò a seruir el Curato en 7. de Março de 1626. y siruio hasta Mayo de 43. como consta del primero y vltimo capitulo, que estan scriptos de su mano en los libros de dicha Parrochia.

34 Pero sacanos de toda duda, la fe de casamiento, que tambien està presentada, del Licenciado Pedro Christoual Ortiz, y Doña Luysa del Alcaçar, padres de dicha Doña Andrea, que fue a 25. de Setiembre de 1619. cinco años despues de nacida Doña Andrea Ortiz del Alcaçar, como parece por la fe de su Bautismo.

35 Y dexando a parte la question: Vtrùm legitimatus venire in statutis requirentibus natos esse filios ex legitimo matrimonio? No obstante que tiene su dificultad, ad tradita à Mantica de coniectur. lib. 11. tit. 12. num. 13. concediendo que los legitimados per subsequens matrimonium, corren igual fortuna que los nacidos de legitimo matrimonio, en quanto a los estatutos por Derecho; y que es probabilissima la opinion, assi por ser en fauor del matrimonio, como por euitar pecados: pero no debe ser de suerte el fauor, que aya de valer contra la voluntad expressa del Fundador, q̃ pretende tābien por su camino, desarraigar la ocasion de ellos, dexando incapazes de sucession los que no fueren nacidos, y procreados de legitimo matrimonio; porq̃ esta se debe atender, aunque aya ley fauorable por Derecho. l. in conditionibus. ff. de condit. & demonst. por lo qual llamā do a la sucession el Fundador a los dichos legitimos, auidos y procreados de legitimo matrimonio; excluyò el que no tuuiesse en todo rigor las dichas qualidades, vt ex multis tradit Faxardo in tract. de legitimation. per subsequens matrim. mēbr. 4. referens pro hac sententia penes infinitos DD. & rationes fortissimas pro illa congerit ex num. 273. vsque ad 306.

36 Y supuesto q̃ ay llamamiento, assi en vltimas voluntades,

como en fundacion de Patronatos, Capellanias, Mayorazgos, &c. que se subordinan, y sujetan a la disposicion y voluntad de el Fundador: porque esta es la ley viua, por donde se ha de gouernar la sucession. l. cum ita. §. in fideicommiss. ff. de legat. 2. l. 40. Tauri dict. supra: y esto porque la voluntad del testador en lo que dispone, tiene el primer lugar. Authentico de nuptijs §. disponat. l. in conditionib. ff. de conditionib. & demonstrat. l. cum virum. C. de fideicommiss. Y esta no se regula por razõ, sino por la voluntad y aluedrio del que dispone. Ita Corneus in l. 1. num. 2. C. de conditionib. insertis. Surdus decis. 41. Honded. cons. 48. num. 41. lib. 1.

37 Y mucho mas se debe entender esto en las leyes que no son preceptiuas, ni dan forma substancial y rigurosa, como en nuestro caso: porque aunque la ley iguale por el matrimonio al legitimado, con el nacido de legitimo matrimonio; no manda que en contrario no se pueda obrar, y excluir: porque no dixo el Pontifice Alexandro III. *Sunt legitimi,* ni tampoco; *Debent haberi,* sino solo *Habeantur.* Pues como dize bien Diana: El que tiene priuilegio por la Bulla de la Cruzada, para entrar en la Iglesia el dia de fiesta, auiendo entredicho; no porque estè exceptuado, queda obligado; desuerte que pecarà, si no cumple con el precepto de oyr Missa; porque siendo ley fauorable, puede disponer en contrario, y no oyrla. Ni obsta a esto la ley cum quis. C. de natur. liber. & in. §. fin. instit. de nupt. Nam optimè respondet Fachin. lib. 4. controu. cap. 54. & lib. 9. cap. 71. & ex illo Faxard. d. memb. à nu 304. vsque ad 306. Verba illa dict. l. *Cũ quis,* ibi: *Et alios iterum ex eodem matrimonio liberos procreauerit.* Et ibi: *Sed qui ex eisdem matrimonijs procreati sunt, simili perfruantur fortuna.* Se responde, que esto se refiere a otros hijos, que despues del matrimonio son nacidos; no a los que antes lo estauan; quia dictio *eisdem,* no incluye a estos nacidos antes, quasi eadem sint matrimonia, tam postea; quâm antea natis: porque respeto de los nacidos antes, no se puede dezir matrimonio, que no era in rerum natura, & ad præteritũ non datur potentia; idque ex eadem lege probatur: nam hos legitimos appellat natos ante dotem, quod est idem ac si diceret, ante matrimonium: pues nunca con verdad retrotrahi potest matrimonium ad tempus natiuitatis, si no es por ficcion, por faltarle las passiones de ente, como se dirâ, y de verdadero ser y existencia. La qual ficcion no tiene lugar en nuestro caso, en donde el Fundador quiso tomarle en el sentido, y verdad de lo que

ello

ello es. Y aunq̃ in dubio se presume, que el Fundador se quiso conformar con la ley, y reduzillo a lo regular; pero no quando puede disponer en contrario, y lo hizo como nuestro Fũdador.

38 Que los legitimados per subsequens matrimonium no sean legitimos ex natura sua, sino solo per supplementum, & fictionẽ legis ex matrimonio, demas de ser per se noto; ita iudicarũt plures DD. quos referunt Hippolyt. Riminald. cons. 222. n. 107. vsque ad 110. vol. 2. Ant. Nata cons. 602. nu. 5. vol. 3. Bertazol. consil. ciuil. 42. ex num. 1. ad 8. Mantica de coniect. lib. 11. tit. 12. n. 18. Vnde euidens est ait noster doctissimus Basilius Pontius lib. 11. de matrim. cap. 1. n. 7. & 8. & ex illo Faxard. vt supra. *Tale beneficium non iuris naturalis, sed positiui esse*. Y como los terminos y clausula, *Auidos, nacidos, procreados de legitimo matrimonio*, apelan sobre accion natural, y son indicatiuos de Derecho, que à natura prouenit secundùm suum ordinem rectum procedendi; el qual ni gozan, ni pueden gozar los legitimados, sino por ficcion, vt ait. l. 1. tit. 13. part. 4. ibi: *Estos hijos à tales no son legitimos quando nacen*. Nam vt benè Roland. cõs. 100. num. 29. lib. 2. verba nati ex legitimo matrimonio denotat actum naturæ: & legitimatio est actus præposterus ad legitimam natiuitatem: & verba naturaliter debent intelligi, nõ ciuiliter, & iuris fictione. l. vnic. C. de his qui ven. ætat. impetr. cap. statutum, de rescript. lib. 6. Hinc sequitur, que sea imposible que en la vocacion a la sucessión, que llama a los nacidos auidos, y procreados de legitimo matrimonio, se comprehendan los legitimados per subsequens matrimonium. Alciat. lib. 2. de verbor. signif. n. 23. & 24. & in. l. Gallus. §. & quid sit tantùm, num. 33. ff. de liber. & posthum. Ioann. Philipp. consil. 29. num. 31. vol. 2. Hieronym. Portoles in annotat. ad Molinum. 2. part. §. forus, num. 32.

39 Ni obsta, el que el legitimado per subsequens matrimoniũ, se diga verè, & propriè *legitimus*; porque de esto solo se infiere, que à lege legitimus sit: pero no se consigue que sea nacido, auido, ni procreado ex legitimo matrimonio: y assi solo aprouecharà en la clausula general, que pide hijos legitimos sin precision, ni restriccion alguna: que en tal disposicion seràn comprehendidos, y en todo correràn la misma fortuna, en quanto a la disposicion que prouiene de Derecho, sin esta diferencia, ni distincion como cõstituir los herederos, aliaq; priuilegia, en los quales no habla el Derecho con esta diferencia: vnde ad Episcopatus promoueri possunt, suntq; admittendi ad fæuda, emphiteusim,

teusim, &c. Secus verò in quibus ex hominis dispositione se hã de admitir auidos, o nacidos ex legitimo matrimonio: porque en este caso verba Fundatoris propriè, & naturaliter, non impropriè, & fictè intelligi debent. l. 3. §. hęc verba. ff. de negot. gest. l. non aliter, de legat.

40 Y siendo assi que toda ficcion en el Derecho *est contra veritatem*, como hazer supuesto lo que no es: textus in. §. si ab hostibus, cum similibus, instit. quibus modis ius pat. *Quia post liminium fingit eum, qui captus est in ciuitate, semper fuisse.* Ni la ficcion le puede dar la verdad de ligitimacion que pide el Fundador, ni la realidad physica y natural, que à matrimonio antecedente prouenit: porque lo que no es verdad, no existe realmente; y assi qualquiera essencia ha de tener aquellas seis partes que la Escuela vniuersal metaphisica enseña. *Res, ens, verum, bonum, aliquid, vnum.* Y assi aũque sea verdad que en materias politicas y morales, segun la existimacion de la ley, y prudentes, ay circunstancias, que, ò varian la substancia, o la suponen; esto se entiende donde no se debe restringir y coartar; por querello assi el Fundador, y por el daño que se sigue al tercero: que en tal caso serà contraria la ficcion, no solo a la existencia y verdad real; sino tambien a la existimacion de la ley, pues lo restringe a la verdad de lo que ello es, que es no ser nacido de legitimo matrimonio.

41 Ni obsta el que desde el principio se presuma por la ley, el matrimonio entre los padres, y que desde que es la ficcion del Derecho, pro veritate habeatur, para que se pueda dezir, es nacido, auido, y procreado de legitimo matrimonio.

42 Porque se responde, que conociendo el Fundador diuersas species, que ay de hijos legitimos, vnos nacidos de legitimo matrimonio; otros legitimados por subsequens matrimonium, otros por rescripto del Principe, aut Curiæ oblationẽ: llamando el Fundador a los nacidos de legitimo matrimonio, no ay razon para admitir los legitimados por el matrimonio siguiente, ni que se estienda a estos. Porque claramente consta, que quiso excluirlos el Fundador, pues no llamò simpliciter, & absolutè a los legitimos; sino a los auidos, y procreados de legitimo matrimonio; y fuera superflua la palabra, *Auidos*, ò *nacidos*, la qual tiene diuerso efecto entre los legitimados, vt probatum est, & constat ex l. 12. Tauri, vt optimè Faxardo dict. membr. 4. Y no debe dexar de obrar su efecto, text. in. l. 3. in princip. ff. de iure iurand. Surd. consf. 524. n. 12. Aluarez de Velasco de axiomat. iur.

lit.V.num.31. Y para tenerle, es forçoso el dezir no està comprehendido el legitimado.

43 Ni se debe inquirir, por que lo hizo? ni notar al Fundador: porque ademas de que pudo, vt dictum est, tendria para esto muchas razones que señalan los DD. quas tradit Faxard. dict. tract.membr.4.ex num.288.vsque ad 291. Y basta el que pudo tenerles odio, y excluirlos. Ioann. Dilectus de arte testandi, tit.5.cautel.15.num.4. Zephal.consil.82.n.72. Mieres de maiorat.2.part.q.1.num.24.vsque ad 58. Y basta que en el llamamiento de los auidos y procreados de legitimo matrimonio, no se comprehendan; vt pluribus testatur Faxardo vt supra, & Vicent. Fusarius de substit.quæst.408.n.71.& comprobat Ant. Merend.cap.17.num.8.

44 Y que les tuuo odio el Fundador, por las razones que señala Faxard.dict.membr.4.ex num.289.& 290. Y por otras que dan los DD. para assegurar el riesgo que contra el lustre de sus descendientes suele resultar, y quitar tambien por su camino la ocasion de pecar; lo afirma Socin. Iunior consil.39. n.42. vol.3. Riminald. consil.222.nu.60.& 114. vsque ad 136. vol.2. Anton. Thesaur. decis. 196.num.4. Luego no se debe estender la voluntad del testador, a los legitimados per subsequens matrimoniũ, y mucho menos quando est in præiudiciũ substituti. l. Gallus. §.& quid si tantùm.ff.de liberis,& postum. l.si ita stipulatus. §.Grisogonus.ff.de verbor.oblig.

45 De donde consta, que quando no estuuiesse excluida Doña Andrea Ortiz, por hija de hembra, lo està por no ser auida y procreada de legitimo matrimonio, como pide el Fundador: no valiendole en esta ocasion la ficcion del Derecho, assi por ser expressa condicion del Fundador, y no ser permitida la extension en lo que claramente es por èl determinado. Bald. in.l. in testament.num.14.C.de milit.testam. Alexand.in.l.Lutius.nu. 17.ff.de vulg.& pupill.substitut. Como por ser en perjuyzio de Doña Antonia del Alcaçar, auida, nacida y procreada de legit. mo matrimonio. §. liceat in authentic.quibus modis naturali efficiant legitim. Qualidad que tanto deseo tuuiessen los sucessores de estos Mayorazgos, pues tantas vezes lo repite. Nam geminatio verborum maiorem deliberationem,& enixam volũtatem fundatoris manifestè inducit. l.Ballista.ff.ad Trebellia. Bart.in.l.cum scimus, num.7.C.de agricol. Gutierrez consil.1. num.16. Barbosa cum multis, quos refert Axiomat.105.num. 1.

PVN-

PVNTO III.

46 AViendo reconocido Doña Andrea, su poca justicia, y exclusion a los Mayorazgos, se preuino de la cautelosa renuncia que hizo su madre in fraudem de la immediata, y legitima sucessora que es Doña Antonia, por la qual alega el hallarse posseyendo, porque ocupò primero en vida de su madre; y bastarle esto para la manutencion que pretende.

47 Sed hæc infœliciter excogitata facilè ruunt; pues en materia de Mayorazgos, contra esta renuncia, y possesion en virtud de ella, està clamando toda ley, y principalmente la del Reyno 45. de Toro, que ni renuncia, ni possesion que dize la parte contraria, perjudica a Doña Antonia, siendo immediata y legitima sucessora, como està probado, aun en caso que no huuiesse tomado la possesion, luego que murio Doña Luisa. dict. l. 45. ibi: *Luego sin otro acto de aprehension de possession, se traspasse la possession ciuil, y natural en el siguiente en grado, que segun la disposicion del Mayorazgo, debiere suceder en el, aunque aya tomado la possession de ellas en vida del tenedor del Mayorazgo, o el muerto, o el dicho tenedor le aya dado la possessiō dellas.* Quid clarius? Vnde optimè D. del Castillo lib. 3. contr. iur. cap. 12. num. 112. en proprissimos terminos de nuestro caso ait ibi: *Quod si in fauorem remotioris renuntiatio fieret, & alterius ad maioratum competeret, ex cessione, aut renuntiatione huiusmodi, à maioratus possessore ius non dicedere, sed potius intactum, & illæsum manere, nec successionis vacationem contigere, cùm possessor nequiret, cedendo, aut renunciando, successoribus legitimis præiudicium generare. Blasius Flores Diaz de Men. in addit. ad dictam decis. Gammæ 92. vbi postquam dixit, maioratus possessorem pro tempore vitæ suæ, & in sui præiudicium posse renunciare commoditatem maioratus, in quem voluerit, subdit in hunc modum: simpliciter tamen non potest renunciare, nisi in sequentem successorem.* Del mismo sentir Gutierrez practic. lib. 3. quæst. 71. num. 14. in fine: *Retamen vera possessio ciuilis, & naturalis morte vltimi possessoris transfertur in verum, & legitimum successorem, quamuis alius bonorum maioratus possessionem ceperit, vt in nostra lege.* Azeued. in dict. l. alias 8. tit. 7. lib. 5. Recopil. num. 33. & 34. ibi: *Et itidē cessio bonorum maioratus facta per successorem eius in alium tertium non vocatum, non nocet immediatè post cedentem successori.* Etiam in terminis el señor Larrea tom. 2. decis. 55. n. 24. & alij quamplures. Luego la renuncia y cesion hecha por D. Luysa

del Alcaçar, no siendo en la immediata sucessora, que es Doña Antonia, es nula, y sin algun efecto: solo lo que mas pudiera tener por ella Doña Andrea Ortiz, es el vtil mientras viuio Doña Luisa su madre.

48 Consiguientemente tampoco le puede fauorecer la posses- session que alega: porque aunque a mayor abundamiento, la tomò Doña Antonia, luego que fue muerta la vltima posseedora, sin contradicion; no necessitaua de esto, pues por la ley 45. de Toro dicha, llegò tan velozmente Doña Antonia, q̃ no pudo auer llegado primero otra ninguna ocupacion, ni aprehension corporal: optimè Bald. cons. 454. incipit quidam Ioan. num. 2. & 3. vol. 3. vbi ait: *Quòd quando statutum facit hæredem immediatum possessorem à morte defuncti, impossibile est quòd alius in possessione concurrat: quia factum legis potentiùs est facto hominis, & magis immediatè operatur.* Latè Fontanella de pact. tom. 2. claus. 7. part. 3. glos. 3. à num. 6. & part. 10. num. 4. Cancerius variar. tom. 2. cap. 7. à num. 54. Luego parum, aut nihil interest, que Doña Andrea diga ha tomado possession delos bienes del Mayorazgo, en vida de su madre, si la ley 45. de Toro trãsfiere la possession ciuil y natural en el immediato sucessor, sin acto de aprehension, aunque los bienes del Mayorazgo estẽ en otro.

49 Ni obstarà el dezir, que Doña Andrea tiene tomada possession ex mandato iudicis, antes que Doña Antonia: Porque demas de ser lo dicho immediatamente contra esta possession, q̃ alega Doña Andrea, por lo qual redditur nulla, y de ningun valor, y estar contradicha; resuelue in terminis la misma questiõ Gratian. discept. 732. donde oponia que estaua preocupada la possession, ex mandato iudicis, vt ait ipse Gratian. n. 12. versic. *Neque obstat*: y entre otras respuestas que dà, dize en el nu. 27. *Quamuis stante statuto, de quo agimus, neque daretur aliqua occupatio possessionis per alium, cùm non possit impediri ista continuatio possessionis à defuncto in hæredes, tanquã sit immediata à morte defuncti; ita vt sit impossibile quòd alius concurrat, quasi duo in solidum non possint possidere: ideo cum nunquam vacet, non potest ab alio occupari, &c.* Lo mismo dize Posthio obser. 50. n. 6. & decis. 168. n. 2. vers. *Præterea*. Alexand. Ludouic. decis. 307. num. 14. Rota per Farinac. tom. 1. in posthu. decis. 692. per tot. & num. 6. ait: *Sic non obstat possessio naturaliter apprehensa per dominum Ducem, & sic possessio domini Ducis fuit nulla, & infecta.* Seraphin. decis. 1065. n. 1. in terminis Deci. cons. 467. col. vlt. Paris. cons. 41. n. 1. vol. 1.

Que

50 Que bien lo dixo Peregrino art. 47. de fideicommiss. nu. 14. donde propone la misma duda: Vtrùm, si auiendo vno aprehédido la possession corporal, y viniesse otro diziendo, que a el se le auia transferido por la ley, si este tal podrà intentar los remedios possessorios, *Adipiscendæ, retinendæ, recuperandæ?* Y resuelue: *Aut verò statutum immediatè inducit continuationem, etiam ante additam per hæredem hæreditatem, veluti Mediolani, Paduæ, & Ferrariæ: & hoc casu continuatio per alterius occupationem impediri non poterit: quia potentius est factum legis, quàm factum hominis: & quia lex immediatè transfert absque aliquo interuallo: & procedit in his terminis hæc opinio multo magis, quando statutum prohiberet per alium aprehendi possessionem, & aprehensionem factam vellet esse nullius roboris, & momenti.* Siendo este caso, y lo que propriamente dispone la ley 45. de Toro, que transfiere la possession, aunque estè en poder de otro, y aunque otro la aya tomado, como Peregrino dize art. d. num. 25. Que el sucessor en quien la ley continua, y transfiere la possession, puede intentar todos los interdictos recuperatorios, y de retencion y manutencion. Y lo mismo concluyen todos los Auctores referidos supra, porq̃ como D. Antonia se considera posseedora desde el instante que murio la vltima posseedora, y en vida no pudo renunciar, sino en la immediata y legitima sucessora, como està probado; la possession que aprehende otro, es turbatiua, y todos los actos hechos en execucion de ella. Latè Posthio obseru. 17. n. 44. cum seqq. & decis. 168. n. 11. Cancerio variar. 3. par. cap. 4.

51 Ni obsta el que pueda dezir Doña Andrea Ortiz, que aũque Doña Antonia del Alcaçar aya tomado possession, y parecido en el Consejo Real, despues de la muerte de Doña Luysa, vltima posseedora de dichos Mayorazgos, para la tenuta, y remedio sumario, que esto no le puede valer a Doña Antonia, por no poder ser conuenida Doña Andrea Ortiz sobre la possession, por auer mas de seis meses que Doña Andrea aprehendio la actual possession de los bienes de dichos Mayorazgos, vt cauetur in. l. 9. tit. 7. lib. 5. recopil. ibi: *Y estuuiere en ella por medio año.* Y computado el tiempo desde la renuncia, que Doña Luysa su madre hizo en D. Andrea, en virtud de la qual tomò possessió, parece auerse ya cumplido, y passado los seis meses. Luego aũque la ley 10. dict. tit. lib. 5. recopil determinò otra cosa, en quã to a que el remedio de la tenuta, sea de actual possession, en quanto a lo demas contenido en la dict. l. 9. lo dexò firme. Lue-

go en el remedio y articulo possessorio no tiene lugar la pretension de Doña Antonia.

52 Respondo, que ni aun razon de dudar puede motiuar lo dicho por Doña Andrea; porque como quiera que la possession que dize auer tomado en vida de su madre, no tenga titulo alguno, ni colorado para que le valga despues de muerta su madre, por estar excluida tan literal y expressamente, como se manifiesta en la Clausula IV. supra, no le puede ser de remedio: y mucho menos oy, quando ya el Real Consejo por la ley 10. d. no solo juzga y determina en el sumarissimo possessorio, sino tābien en el actual y plenario; el qual no es prescindible ab admixtione proprietatis, y del derecho q̄ tiene el immediato y legitimo sucessor. Paz de tenut. cap. 6. y 7. per tot. Vnde optimè Azeued. in. l. 8. d. tit. 7. lib. 5. n. 33. *Quòd cùm in maioratus successorem possessio ciuilis, & naturalis pertranseat, etiam tertio possidente, penes illum tertium non potest esse ciuilis, neque naturalis, sed solùm habet nudam facti detentationem: & sic cessat dicta difficultas; & per consequens neque præscribere, neque lucrari fructus, neque intentare media possessoria poterit tertius ille, cùm talis detentatio non sit apta producere effectus ciuiles.* De donde se sigue, que aunque Doña Andrea tuuiesse la possession muchos años sin contradicion de Doña Antonia, no podia prescribir, por no tener titulo, ni aun colorado, vt Paz de tenut. cap. 9. num. 4. ibi: *Vel colorata detentatio*, y consiguientemente ni buena fee. Y assi hablando como Theologo, peca Doña Andrea; porque no auiendo duda que està excluida, no puede ser de mejor condicion aū que possea, y aunque la huuiesse por la parte de D. Antonia, melioris conditionis est, porque possee en tiempo, cō titulo, y en duda puede tener buena fe.

53 Y no auiendo duda (como no la ay) prosigue bien Azeued. in dict. num. 33. ex Menchaca de successs. creat. §. 1. n. 32. versi. Illud autem. *Licèt apud illum tertium adsit nuda corporalis possessio apud successorem vocatum sunt omnes effectus, quos lex positiua accommodauit vtrique possessioni, tā naturali, quā ciuili, de quibus ille tertius corporalis possessor frui non potest, & non præscribetur, vt dictum est, & tradit ibidē Menchaca ex text. in l. 1. tit. 26. part. 4. ibi glos. Ni le empece.* Lo qual notò bien Antonio Gomez in dict. l. 45. Tauri, n. 111. & 117. ad finē, ibi: *Et ex supradictis clarissimè patet, quòd in successorem maioratus transfertur vtraque possessio, tam ciuilis, quàm naturalis.*

lis ipso iure, per nostram legem, etiamsi in vita defuncti, vel post eius mortem per alium tertium res maioratus sint occupatæ. Vnde aperte deducitur, & infertur, quòd ille tertius, penes quem sunt res maioratus, nullo modo possidet, sed tantùm habet nudam & simplicem detentationem: vnde non poßet præscribere, licèt aliquo casu, vel tempore bona eßent præscriptibilia. D. Molina lib. 3. cap. 12. num. 18. que esta possession de D. Andrea, *Non producit aliquem effectum iuris, ex his quæ possessio producere solet, cùm ista detentio facti non sit apta producere ciuiles effectus, etiam tertio possidente.* Dize lo mismo Paz de tenut. cap. 8 à num. 39. ibi: *Septimò, quia vtraque poßeßio ex. l. 45. Tauri, & à l. 7. tit. 4. p. 5. transfertur in maioratus verum succeßorem, etiam si ab alio occupata sit. Cùm igitur prædictus tertius ciuiliter non possideat, fructus percipere nō potest, cum sine poßessione fructus suos non faciat.* Lo mismo dize cap. 11. num. 10. Molin. Theolog. de iust. & iur. tom. 2. disp. 636. num. 2. Matienço in dict. l. 8. glos. 3. num. 2. & glos. 4. nu. 2. Mieres de maiorat. 3. p. cap. 10. num. 154. & p. 4. cap. 8. num. 113. Ergo ex hac parte no puede prescribir la possession que llama Doña Andrea, por no tenerla con titulo q̃ le pueda valer despues de muerta su madre, porque no ay duda que està excluida.

54 Demas que no solo basta que tuuiesse la possession con algun titulo, sino que la huuiesse tomado despues de la muerte del vltimo posseedor, y que desde entonces huuiessen corrido los seis meses, vt clarè ex ipsa l. 9. ibi: *Y en caso que algun posseedor de Mayorazgo falleciere, y el que pretende ser llamado al tal Mayorazgo, tomo la poßeßion de el.* Et ex. l. 8. dict. tit. lib. 5 recopil. alias 45. de Toro: *Aunque aya otro tomado la poßeßion de ellos, en vida del tenedor del Mayorazgo.* Vnde infieren todos los DD. Regnicolas, que esto se debe numerar desde que se tomò la possession, muerto el vltimo posseedor: vt Molina lib. 3. cap. 13. num. 59. ibi: *Idque apertissimè insinuat verba dictæ l. 9. tit 7. lib. 5. noui ordinam. ibi: Y en caso que algun posseedor de Mayorazgo falleciere.* Y Azeuedo in dict. l. n. 2. ibi: *Por medio año, intellige dummodo post mortem poßessoris, prout lex nostra loquitur, poßeßio hæc capiatur corporaliter: secus verò si in vita poßessoris, & talis captor poßessionis non est verè vocatus, quia tunc quamuis per multos annos possessionem haberet, nihil præiudicaret verè vocato ad maioratum, dum tamen intra sex menses post mortem veri poßeßoris, id petatur secundùm Meneses. l. post mortem, num. 23. C. de fideicommiss.* Lo mismo dize

Matienço

Matienço in dict.l.9.glos.8. & omnes supra relati. Luego aũ que por muchos años tuuiera Doña Andrea la possessiõ que dize, no siendo verè vocata, ni fictè, porque ni aun titulo colo rado puede tener, no perjudica a D. Antonia, siendo llamada, y auiendo parecido dentro de lo seis meses ante el Real Consejo, auiendo tomado possession luego que murio Doña Luisa, y auiendo cotradicho la renuncia que hizo en su hija Doña Andrea.

55 Y siendo la renuncia hecha despues de puesta la demanda de dissipacion por Doña Antonia, y por la tal contradicha lue go con la possession, que dize tener Doña Andrea, y apelado de todos los autos que en virtud de dicha renũcia se hã obrado; no es manutenible la possession, ni nada delo que en virtud de ella se ha hecho: porque son continuatiuos de possession turbida, y litependente, y assi no aprouechan para la manutencion. Cancer. dict. cap. 4. num. 36. Lancelot. de attent. p. 4. limit. 1. num. 111. & præcipuè 113. vbi ait: *Quòd si alicui esset data tenuta, & statim occasione dictæ tenutæ lis introducta sit, non potest hæc lite pendente, habens tenutam sub prætextu cõtinuationis ab attentatis excusari.* Luego mucho mas fuerça tiene esta razon, quando antes de la renuncia, estaua introduzida la lis, como en nuestro caso, & statim contradicha la renuncia.

56 Rursùs, que como consta por los instrumẽtos presentados, nunca dexò de posseer Doña Luyisa, los dichos Mayorazgos, pues daua poderes como proprietaria y posseedora actual, hazia los arrendamientos, daua cartas de pago, ponia y quitaua los Mayordomos, sin interuencion, ni poder de Doña Andrea su hija. De lo qual consta q̃ nunca tuuo animo de desposseerse Doña Luisa, pues siempre continuò la possession que tenia in animo, & in re: Nam naturalis possessio ciuiliter conseruatur animo, & amittitur illo. l. possideri. §. in amitenda. ff. de de acquir. ibi: *Igitur amitti, & animo solo potest, quamuis adquiri non potest: sed & si animo solo possideas, licèt alius in fundo sit, adhuc tamen possides:* textus in. l. qui iure. 41. ff. eo, ibi: *Quia non eo animo ingressus est, vt possideat, licèt corpore in fundo sit.* Poco importa que D. Luisa renunciasse fraudulentamente, quando consta que siempre perseuerò en la possession hasta que murio, con animo de retenerla. *Sed & si animo solo possideas, licèt alius in fundo sit, adhuc tamen possides.* Ni que Doña Andrea hiziesse presencia, y apariencia de que posseìa;

Quia

Quia non eo animo ingressa est, vt possideat, licet corpore in fundo sit.

57 Ni obstarà el que pueda dezir Doña Andrea, que D. Luisa su madre pudo abdicar de si el Mayorazgo, y renunciarlo, y despossеerse de el en propriedad y possession: y asi que huuo vacante desde la renuncia que hizo, que ha mas de seis meses; luego no ha lugar el articulo possessorio. Porque se respõde, que estando prohibido por Derecho, renunciar en propriedad el Mayorazgo en el que no es immediato y legitimo sucessor; no pudo auer vacante por la renuncia que hizo Doña Luysa en Doña Andrea, no siendo immediata y legitima sucessora, como està probado (lo mas que pudo ceder, fue el vtil por su vida) vt D. del Castillo lib. 3. cap. 12. num. 112. ibi: *Quod si in fauorem remotioris renunciatio fieret, & alterius ad maioratum competeret, ex cessione, aut renunciatione huiusmodi, à maioratus possessore ius non discedere, sed potius intactum, & illæsum manere, nec successionis vacationem contingere, cùm possessor nequiret, cedendo, aut renunciando, successoribus legitimis præiudicium generare.* Pero en terminos proprios de todo nuestro caso, optimè el señor Larrea decis. 54. num. 22. ibi: *Deinde non obstabit renunciationem factam à filia vocata in nepotem Ioannem; quia maioratus renunciatio fieri non potest, nisi in successorem immediatum: aliàs non valet, quia deficiente iure in eo qui detinet, possessio ciuilis & naturalis in verum successorem transit. l. 44. Tauri: & solùm in extraneum potest fieri renunciatio fructuum, & commoditatum pro vita possessoris renunciantis; proprietas verò nullo modo poterit renunciari. l. si mulier. ex asse, de iure dotium, ibi: Quas transferre ad alium, quam cui debet fideicommissum hæres non potest.* Y cita a Molen Auend. Fachin. Gutier. Paz de tenut. Y luego: *Et fraudulentam esse huiusmodi renunciationem, nec sustinendam post Auendañum vbi proximè glos. 10. num. 2. alios tenet idem Paz cap. 28. n. 17.* Et in decis. 55. sequent. num. 24. ait: *Tamen vbi præiudicium tertij versatur, non est admittenda renunciatio, ac si non facta existimanda, &c. Ex quibus omnibus desumitur istas maioratus renunciationes fraudulentas censeri, & cum præiudicio alterius non esse admittendas.*

58 Y si se dixere, que Doña Andrea es hija de la vltima posseedora, y que la sucesion se debe regular por el immediato sucessor que tuuo, por lo qual pudo renunciar en ella su madre. Aũ-

H que

que està abundantissimamente satisfecho supra punt. 1. n. 9. & 10. respondet in terminis el señor Larrea dict. decis. 54. n. 32 donde despues de hazer esta instancia, dize: *Tamen hoc procedit in dubio, quoties solùm proximior vocatus, non verò quando fundator aliud disposuit, & in alterius defectũ alium substituit, vt expressè tenuerunt Molin. Flores de Mena, Mieres, Gutier. ex Bursato, Gama, Costa, Sousa, Deciano, & D. Pichardo, D. Castillo. Et ratio ipsa suadet, quia contra expressam voluntatẽ disponentis successio maioratus procedere non valet. Vnde cùm in nostro casu testator deficientibus masculis filijs ex filia, quam ad primogenium admisit, voluit successionem reddere ad filias filiorum, quasi eas plus diligeret quàm fœminas ex filiabus, & cõditio impleretur, quia non fuit filius masculus ex filia substituta, meritò in aperta voluntate, & substitutione disponentis, cessat coniectura proximitatis.* Quid clariùs pro nostro casu?

59 Doña Antonia del Alcaçar, como immediata y legitima sucessora, luego que murio Doña Luysa del Alcaçar su hermana mayor, tomò la possession, q̃ le mandò dar D. Bartolome de Velasquez Teniente segundo desta Ciudad de Seuilla, ante quien le pidio: tomòla quieta y pacificamente; y assi justamente pretende la manutencion de su possession, porque la tomò legitimamente, con aprehension corporal, no fraudulenta, precaria, ni violenta, ni secretamente; sino publica, judicial, y en tiempo, y lo que mas es, con derecho. Y al contrario Doña Andrea, la possession que dize tomò, con fraude, violenta, sin tiempo, pues no lo fue en vida de su madre, ni en otro alguno lo podia ser, no siendo legitima immediata sucessora, con que no pudo adquirir possession, donde no auia vacante. Esto es lo que dize Vlpiano. l. 1. ff. vti possidetis, ibi: *Nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis.* Y las palabras de la ley. 3. eod. tit. *Ego possideo ex iusta causa, tu vi, aut clam, si à me possides, superior sum interdicto.* Y por todos los fundamentos referidos, parece tiene justicia clara Doña Antonia del Alcaçar, y que debe ser manutenida en su possession. Saluo, &c.

M.º Fr. Iuan de Zuñiga.